



TITLE:

舊中國の地方裁判と法律 : 法律に従
わない判決が持つ意味

AUTHOR(S):

佐立, 治人

CITATION:

佐立, 治人. 舊中國の地方裁判と法律 : 法律に従わない判決が持つ意味.
東洋史研究 1997, 56(2): 274-306

ISSUE DATE:

1997-09-30

URL:

<https://doi.org/10.14989/155135>

RIGHT:

舊中國の地方裁判と法律

——法律に従わない判決が持つ意味——

佐 立 治 人

- 一 二つの常識の對立
- 二 法律上の常識
- 三 現實についての常識
- 四 同時代人の意識
- 五 法律に従わない判決の正體

一 二つの常識の對立

前近代中國の地方官による裁判の過程を観察しようとする際、誰もが最初に直面しなければならないのは、二つの常識的知識が對立している現象である。對立する常識のうちの一つは法律上の知識である。舊中國の制定法は、現實の社會に生じる大小あらゆる種類の紛争を、⁽¹⁾既存の法律に定め置かれた様々な犯罪類型のどれかに必ず當てはめることができるように構成されていた。しかも、それらの犯罪類型はそれぞれ、刑罰の輕重段階のいずれか一つと結び附けられていた。そして、裁判官が紛争を解決するときには法律に依據しなければならぬことが、制定法自身によって命じられていた。すると、舊中國の制定法が語る内容を額面通りに受け取る限り、どのような種類の紛争でも、その紛争を引き起こした當事者

に法律の定める刑罰を科することによって片附けるのが、舊中國の裁判の在り方であつたことになる。

ところが、この常識に對立するもう一つの常識が存在する。それは、舊中國の地方裁判の現實についてのものである。手近なところでは、正史の列傳に載せられている地方官による裁判の實例を示す記事を読むだけで、舊中國の地方裁判官には、法律に嚴密に依據して判決を下さなければならない義務はなかつたのではないか、という印象を抱かされる。この印象は、舊中國の地方官が書いた實際の判決文を分析した先學の研究によつても裏附けられるかのようである。

清代の裁判を研究對象とする滋賀秀三「判決の確定力觀念の不存在——とくに民事裁判の實態——」⁽²⁾は、自動的にいく

つかの審級を重ねる決まりになっていた、徒以上の刑にかかわる事案に關係する文案、とくに中央の刑部段階の文案を收録した書物である「刑案」と、州縣の判斷に委ねられていた、笞杖・枷號などの輕度の刑罰および民事關係の處理をめぐつて生ずる文案を收録した書籍である「判牘」とを比較して、「刑案と判牘では文體に顯著な差異がある。一言でいへば、前者は法技術的色彩が濃厚であるに對して、後者は概して常識的である。前者においては實定法の解釋適用をめぐる苛細な論議が展開されるに對し、後者においては日常的な衡平感覺が主導する。」と述べている。そして、清代の州縣自理詞訟の性格について、同「民事的法源の概括的檢討——情・理・法——」⁽³⁾は、「裁判官は、(中略)彼の權限に屬する強制力の發動(中略)と、人の世の道理と大局的に見た利害を説きかせる勸誘・教導と、兩方の手段を驅使して一件落着を目指した。つまり調停的色彩の強い裁判であつた、としている。また、中村茂夫「清代の判語に見られる法の適用

——特に誣告・威逼人致死をめぐつて——」⁽⁴⁾に、「(清代の府州縣段階の——佐立注)下級廳の判決が、律例に依據しないのではないが、直接の適用ではなく、情理を揆つて妥當な解決を圖ろうとする性質のものであつた」という指摘がある。

官司に持ち込まれた紛争に對して地方官は、法律に嚴密に依據した判決を下すことによつて決着を附けるのではなく、法律の規定を參照しながらも、情理や利害關係など法律以外の諸條件をも斟酌した上で、最も適當な解決方法を考え出すことに努めていた、という舊中國の地方裁判の現實についての右に紹介した先學の見解は、各自の經驗的印象と合致する

ことにより、既に常識として定着している、と言ってよいのではないだろうか。

一方、宋代や清代の地方官が書き残した實際の判決文を材料としながらも、右のような見解とは異なり、舊中國の地方官は原則として法律に基づいて裁判の判決を下していた、すなわち、舊中國の地方裁判の本來的な在り方としては、はじめに掲げた法律上の常識がそのまま安當する、という議論もないわけではない。⁽⁵⁾しかし、このような意見がなぜ説得力を持たないかと言えば、法律に依據しない裁判の事例が現實に無數に存在する理由についての説明が不十分であるからに他ならない。

そこで本稿では、舊中國の地方裁判官による法律の適用の仕方巡って、法律上の常識と裁判の現實についての常識とが對立していることをまず確認した上で、舊中國では、裁判官は法律の規定に嚴密に従って判決を下さなければならぬという規範が法律自體の中に存在していたにもかかわらず、地方官が法律に依據することなく紛争を處理することが可能だったのはなぜか、また、彼らはなぜわざわざ法律に従わない判決を下したのか、という疑問について考えたい。

二 法律上の常識

法律の規定から読み取ることができる舊中國の裁判の在り方について、今さしあたり、唐の制度を例に取って具體的に示すと、殺人や強盜など、日本の現行法で言えば刑法で扱われるべき凶惡犯罪から、近親婚や債務不履行など、今で言えば民法で扱われるべき違法行為に至るまで、數多くの大小様々な犯罪類型が、律という一つの法典の中にまとめて列擧されており、それらの犯罪類型は、笞十から斬に至る二十等の刑罰段階のいずれか一つとそれぞれ對應している。例えば、賊盜律、謀殺人條では、謀殺の達成度とその中で各人が果たした役割に應じて、それぞれ「徒三年」「流三千里」「絞」「斬」という段階の刑罰が用意されている。雜律、負債違契不償條では、契約に違反して債務を辨濟しない者に對して、賠償が命じられているだけでなく、負債額の多寡と延滞日數の長短とに應じて、笞二十から徒一年に至る十段階の刑罰のいずれ

か一つが科される定めになっている。

具體的な個々の犯罪類型を掲げた右のような條文の他に、唐律では、雜律、違令條に「令に違う者は笞五十。別式は一等を減ず。」という條文が置かれ、令の規定に違反した場合は笞五十という一つの刑罰が、式の規定に違反した場合も笞四十という一つの刑罰が與えられることになっている。令の條文數や式の卷數の多さから見て、雜律にこの一條が存在することによって、律の適用範圍の飛躍的擴大が期待されよう。

一方、名例律、彼此俱罪之贓條の問答に、「其れ鑄錢は見に別格有り。格に従いて斷ず。餘條、別格の見に行われて律を破る者有らば、並びに此れに準ず。」とあり、獄官令に、「罪を犯して未だ發せず、及び已に發して未だ斷決せず、格改に逢う者は、若し格重ければ犯時の格に依るを聽す。若し格輕ければ輕法に従うを聽す。」という條文が置かれていたように、罪が犯された時點から判決が下されるまでの間に、刑罰が重くなる方向で格が設けられた場合を除き、律の規定と格の規定とが衝突するときは、格を優先して適用することになっていた。⁽⁸⁾ 律に規定がなく格に規定があるときに、格を適用しなければならぬのは自明である。

また、斷獄律、制敕斷罪條に、「制敕もて罪を斷ずるも、臨時の處分にして永格と爲さざる者は、引きて後比と爲すを得ず。」とあることから、「永格と爲す」べき詔敕も斷罪の基準として用いられたことが知られる。『宋刑統』卷三十、斷獄律、斷罪引律令格式條に掲げられた唐長慶三年（八三三）十二月二十三日敕節文が引く御史臺の奏に、「後敕は合に前格を破るべし。」と述べられているように、格が編纂された後に出された詔敕は、格に優先する效力を持っていた。

さらに、名例律、斷罪無正條條の「罪を斷ずるに正條無ければ、其れ應に罪を出すべき者は、則ち重きを擧げて以て輕きを明らかにす。其れ應に罪に入るべき者は、則ち輕きを擧げて以て重きを明らかにす。」雜律、不應得爲條の「應に爲すを得べからずして之れを爲す者は笞四十。事理重き者は杖八十。」⁽⁹⁾ という二つの條文が律の中に置かれていることによって、敕格及び律が準備する犯罪類型に適合しない反社會的行爲に對しても、裁判官は、それぞれの場合に應じた刑罰

を一つずつ調達することができた。

そして、肝心なことは、判決を下すに当たって裁判官は、これら敕格及び律令式の法文に必ず依據しなければならなかったことである。斷獄律、斷罪引律令格式條の「罪を斷ずるには、皆須らく具さに律令格式正文を引くべし。違う者は笞三十。」という規定に基づいて、判決文の中に斷罪の根據となる律令格式の條文が明示されなければならなかっただけではない。同じく斷獄律、官司出入人罪條の「官司、人を罪に入るる者は、若し全罪を入れれば、全罪を以て論ず。輕き從り重きに入れれば、剩す所を以て論ず。刑名の易る者は、笞より杖に入れ、徒より流に入るるも、亦た剩す所を以て論ず。杖より徒流に入れ、徒流より死罪に入るるも、亦た全罪を以て論ず。其れ罪を出だす者も、各々かくの如し。もし罪を斷ずるに入るるに失する者は、各々三等を減ず。出だすに失する者は、各々五等を減ず。(中略)出入有りと雖も、決罰に於いて異ならざる者は論ずる勿し。」という規定によれば、ある犯罪に適用された刑罰が、その犯罪が本來受けるべき刑罰と合致しない場合、裁判官はその合致しない分の刑罰に應じた處分を甘受しなければならなかった。右條の疏文に、「輕き從り重きに入るるは剩す所を以て論ず、とは、たとえば笞十より三十に入るれば即ち笞二十を剩し入る。徒一年半に入るれば即ち半年の徒を剩し入る。入るる所の官司、各々笞二十及び半年の徒を得るの類なり。」とあるように、笞十の刑に相當する犯罪に對して、笞三十の刑を與える程度のわずかに恣意的な判決であつても、その判決を下した裁判官は、餘分な笞二十の刑に應じた制裁を免れることができない決まりになっていたのである。

判決に際してこのように嚴密に制定法に依據しなければならぬ義務は、中央の大臣級の裁判官にも、地方の州縣段階の裁判官にも、一様に課されていたと受け取るべきであらう。刑部や大理寺の官は法律を正確に適用しなければならないが、地方官はそれ程嚴密に法律通りの裁判を行う必要はない、という風な明文の規定はどこにも見當たらなからである。獄官令の「罪を犯す者は、杖罪以下は縣これを決す。徒以上は縣斷定して州に送る。」⁽¹⁰⁾という條文によれば、縣には杖罪以下を執行する權限しかなかったが、それでも縣の裁判官は、笞罪から斬罪に至るあらゆる種類の犯罪に對して、敕

格及び律令式の正文に嚴密に據りながら、判決ないし假判決を下さなければならなかったはずである。

もちろん、敕格及び律の中に設定されたどの犯罪類型にも該當せず、名例律の斷罪無正條條や雜律の不應得爲條を使つても解決できない事件はいくらでもあつたであらう。しかし、そのような場合でも裁判官は、行き當たりばったりの便宜的な判決を勝手に下すことは許されず、疑問のある案件は上級の官司に申し送らなければならなかった。仁井田陞『唐令拾遺』は、開元二十五年獄官令として、「諸て州府、疑獄の決せざる者有らば、大理寺に讞す。若し大理なお疑わば、尙書省に申す。」⁽¹¹⁾という條文を復元している。

右のように、唐の律令體系の下では、今の分類で言う刑事民事を問わず、法廷に持ち込まれたあらゆる種類の紛争は必ず、法律に豫め定め置かれた犯罪類型のいずれかに當てはめられ、その犯罪類型に對應してやはり豫め法律に規定された刑罰が、紛争を引き起こした當事者に科されることによって、處理される仕組みになっていた。もし、條文をどのように操作しても、法律に基づく解決ができないときは、裁判官は必ず上級官司の判斷を仰がなければならなかった。つまり、唐の法律體系の下では、官府に持ち込まれた個々の事件を處理するに當たつて、たとえ當事者の利益になることであっても、裁判官がその場限りの自由な裁量を行う餘地は制度上存在しなかった、と考えざるを得ないのである。

右に書き並べたような特徴は、決して唐の律令體系だけに固有のものではなかった。近代法制の下では刑法を適用されるべき犯罪に當たる事件を裁くための法律はもちろん、今で言う民事事件を解決するための法律でさえ、一つ一つの犯罪類型それぞれに一つ一つの刑罰が對應するという形をとっていた點に關しては、「雲夢睡虎地秦墓竹簡」の「法律答問」に出てくる、「百姓、債有るも、敢て擅に強質すること勿かれ。擅に強質し、及び和して受質する者は、皆、貲二甲。」⁽¹²⁾という法律規定や、清律、戸律、錢債、違禁取利條の規定を見れば、秦の始皇帝の時代から清代に至るまで、一貫して變わらなかったことが一目瞭然である。

律と格と敕三者の關係の中に現れているような、基本法典の上に副次法典が、さらにその上に皇帝の單行指令が積み重

ねられること⁽¹³⁾によって、犯罪類型のカatalogが充實してゆく有り様も、どの時代の法體系の下でも共通して見られる。

既存の法律中に用意された犯罪類型には當てはまらないけれども、何らかの制裁が加えられるべきものとみなされる反社會的行爲を、特定の段階の刑罰と結びつけるための規定である唐雜律の不應得爲條は、それと同文の規定が明清律にも置かれていた⁽¹⁴⁾。同じく、既存の法律中に用意された犯罪類型に當てはまらない反社會的行爲に對して、既存の法律に定め置かれた犯罪類型と刑罰との對應關係から類推して、それぞれに何らかの刑罰を一つずつ調達するための、唐名例律、斷罪無正條條の「重きを擧げて以て輕きを明らかにす。」⁽¹⁵⁾「輕きを擧げて以て重きを明らかにす。」という規定は、明律の名例律、斷罪無正條條の「律令該載するに事理を盡くさず。若し罪を斷ずるに正條無き者は、律を引きて比附し、應に加うべく應に減すべく、罪名を定擬し、刑部に轉達し、議定して奏聞す。若し輒く斷決して、罪に出入有るを致す者は、故失を以て論ず。」⁽¹⁶⁾という規定に受け繼がれている。唐律の「擧重明輕、擧輕明重」の操作に比べて、明律の「比附」の操作には、裁判官の恣意的判斷が紛れ込む危険が大きい⁽¹⁷⁾が、その代わり、「比附」による法律適用を行う場合は、皇帝の許可を得なければならぬ定めになっていた。

裁判官は必ず制定法に依據して判決を下さなければならない、という規範を制定法自體の中に求めることができる點に關しても、『晉書』刑法志に記載された劉頌の上疏が引く晉律に、⁽¹⁸⁾「罪を斷ずるには皆まさに法律令正文を以てすべし。若し正文無くんば名例に依附して之れを斷ぜよ。其れ正文・名例の及ばざる所は皆、論ずる勿かれ。」とあり、明律の刑律、斷獄、斷罪引律令條に、「罪を斷ずるには皆すべからく具さに律令を引くべし。」⁽¹⁹⁾、清律の同章同條に、「律例を引くべし。」と、唐斷獄律の斷罪引律令格式條と同様の規定が置かれているように、遅くとも晉律の制定以降、時代を通じて一貫していたのである。

罪を斷ずるに際して法律の定める刑罰に従わなかった裁判官に對して適用される、唐斷獄律の官司出入人罪條に相當する條文が、既に秦律に存在していたことは、「雲夢睡虎地秦墓竹簡」の「法律答問」に、「罪まさに重かるべきに、端^{もつち}に

之れを輕くし、當に輕かるべきに、端に之を重くす。是れを不直と謂う。當に論すべきに、端にして論ぜず、及び其の獄を傷じて、令を端にして致さず、論じて之れを出だす。是れを縱囚と謂う⁽¹⁹⁾。」と記されていることから知られる。右の唐律は明清律に受け繼がれ、明律の刑律、斷獄、官司出入人罪條に、「官司、故らに人を罪に出入するは、全出し全入する者は、全罪を以て論ず。若し輕きを増して重きと作し、重きを減じて輕きと作さば、増減する所を以て論ず。死に至る者は、坐するに死罪を以てす。若し罪を斷ずるに、入るるに失する者は、各々三等を減ず。出だすに失する者は、各々五等を減ず。並びに吏典を以て首と爲し、首領官は吏典より一等を減ず。佐貳官は首領官より一等を減ず。長官は佐貳官より一等を減じて罪を科す。」という條文が置かれている。清律同章同條も同文である。明律の本注に、「如し其の人、罪を犯し應に一十に決すべきに、増して二十と作すの類、之れを輕きを増して重きと作すと謂う。則ち坐するに増す所の一十の罪を以てす。其の人、應に五十に決すべきに、減じて三十と作すの類、之れを重きを減じて輕きと作すと謂う。則ち坐するに減ずる所の二十の罪を以てす。餘は此れに准ず。」と記されているように、斷罪に當たつて法定刑からわずかに答十や答二十離れただけで、裁判官は離れた刑罰の分量に應じた處罰を受けなければならないはずであつた點、明清律も唐律の場合と同様である。

このように、唐の制度に限らず、その前後の時代を通じて、舊中國の裁判制度全體を表面的に見渡してみても、舊中國の裁判官は、官司に持ち込まれたあらゆる種類の紛争に對して、それらを引き起こした當事者に法定の刑罰を科することによって決着を附けるよう法律上義務附けられていた、としか考えられないのである。

現存する法律の條文から讀み取ることができる舊中國の裁判の在り方について今まで書いたことは、誰もが知っている常識である。しかし、常識なのはよいが、次に記す、やはり誰もが知っているもう一つの常識が、右の法律上の常識と食い違っているように見えるのは、どのように受け止めるべきだろうか。

三 現實についての常識

もう一つの常識というのは、舊中國の地方裁判の現實についての常識である。

法律の上から眺める限り、舊中國の裁判官には、制定法に嚴密に依據して判決を下さなければならぬ義務が課されていた。しかも、この義務が強制される度合が官職の高下によって異なることを示す法律は見當たらないから、舊中國では地方官も當然、制定法に従って裁判の判決を下さなければならぬ義務を負っていたはずである。ところが、舊中國の地方裁判の現實について誰もが知っている常識からすれば、右のような豫想ははずれていると言わざるを得ないのである。というのは、史料を検索していると、舊中國の地方官が制定法に依據せずに紛争を處理し、しかも、それによって、何の制裁も科されていない事例、それどころか周圍から賞賛を受けてさえいる事例が、いくらでも見つかるからである。以下に、そのような事例のいくつかを、時代を追って書き並べてみる。

唐より前の時代の例は正史から拾うことができる。『後漢書』魯恭傳第十五に次のような話が記されている。「中牟令に拜せらる。恭は専ら德化を以て理を爲し、刑罰に任せず。訟人許伯ら田を争う。累守令、決する能わず。恭ために曲直を平理す。みな退きて自責し、耕を輟めて相い讓る。亭長、人より牛を借りて肯えて之れを還さず。牛主、恭に訟う。恭、亭長を召し、勅して牛を歸さしめんとすること再三なるも、なお従わず。恭、歎いて曰わく、是れ教化行われざるなり、と。印綬を解きて去らんと欲す。掾史、泣涕して共に之れを留む。亭長すなわち慙悔し、牛を還し、獄に詣りて罪を受けんとす。恭、貰して問わず。是に於いて吏人信服す。」この記事によれば、中牟縣令の魯恭は、裁判に當たって、相争う當事者のどちらが直でどちらが曲かの判定を下すだけで、曲と判定された當事者に對して刑罰は加えなかったという。

刑罰を加えないと言え、『晉書』卷八十八、孝友傳に事績が記されている夏方もそうであった。「高山令に除せら

る。百姓罪有り、應に捶撻を加うべき者あれば、方これに向かいて涕泣して罪を加えず。大小敢えて犯すこと莫し。」とあるように、高山縣令夏方は、罪を犯した百姓に對して、法律上捶撻の刑に當たると判斷を下すにとどまり、實際に刑を加えることはしなかった。

刑罰を全く加えなかったわけではないが、常にごく軽い刑にとどめていた例が、『三國志』卷十六、倉慈傳に見られる。「太和中、燉煌太守に遷る。(中略)屬城にて獄訟衆猥し、縣、決する能わず、多く治下に集まる。慈、躬ら往きて省閱し、輕重を料簡し、殊死に非ざるよりは、但だ鞭杖のみにて之れを遣る。一歳に刑を決すること曾て十人に滿たず。」と記されているように、燉煌太守倉慈は、死刑に當たる案件以外はすべて輕重を問わず鞭杖を執行するだけで事を済ませていた。

『南史』卷四十四、齊武帝諸子傳、竟陵文宣王子良の條に、「昇明三年(四七九)、會稽太守と爲る。(中略)時に山陰の人、孔平なるもの有り、子良に詣りて、嫂、米を市い錢を負いて還さざるを訟う。子良、歎いて曰わく、昔、高文通、寡嫂と田を訟うは、義、此れに異なる、と。乃ち米錢を賜いて以て平に償う。」とある。法廷を開くことなく郡太守自らが被告の負債を原告に辨償したというのであるが、原告はそれで満足したであらうし、被告も救われたであらうけれども、米の代金を支拂わなかった被告の罪は問わなくてもよいのだろうか。⁽²¹⁾

『梁書』卷二十七、陸襄傳に、「出でて鄱陽内史と爲る。(中略)彭・李二家有り。先に忿争に因り、遂に相い誣告す。襄、内室に引き入れ、責誚を加えず、但だ和言もて之れを解諭するのみ。二人、恩に感じ、深く自ら咎悔す。(後略)」と記されている。ここでは鄱陽郡内史の陸襄が、兩當事者に對して、誣告の罪を問うことなく和解を行なっている。

『周書』卷三十七、韓褒傳に、「出でて北雍州刺史と爲り、衛大將軍を加えらる。州、北山を帶し、多く盜賊有り。褒、密かに之れを訪うに、並びに豪右の爲す所なり。しかれども之れを知らざるをいつわり、厚く禮遇を加う。之れに謂いて曰わく、刺史は書生より起つ。安んぞ盜を督するを知らんや。賴る所は卿ら共に其の憂を分かつことなるのみ、と。

乃ち悉く桀黠少年の素より郷里の患たる者に詔して署して主帥と爲し、其の地界を分かつしむ。盜發して獲ざる者有らば、故縱を以て論ず。是に於いて諸て署を被る者、惶懼せざるは莫し。みな首伏して曰わく、前に盜の發する者は、並びに某ら之れを爲す、と。あらゆる徒侶は皆、其の姓名を列す。亡命隱匿する者あるも亦た悉く其の所在を言う。褒、乃ち盜の名簿を取りて之れを藏す。因りて州門に大勝して曰わく、自ら盜を行ふを知る者は、急いで來首すべし。即ちに其の罪を除かん。今月を盡くして首せざる者は、その身を顯戮し、妻子を籍没し、以て前に首する者に賞せん、と。旬日の間、諸盜みな悉く首し盡くす。褒、名簿を取りて之れを勘するに、一つも差異なし。並びに其の罪を原し、許すに自新を以てす。是れに由り群盜屏息す。」という記事が載せられている。西魏の時の話であるが、自首して來れば罪を免除するといくら約束したとは言っても、刺史の裁量だけで盜賊の罪を全免してしまつてよいものだろうか。

唐代に入ると、具體的事案の中での法律適用の様子を窺うことができる、正史以外の材料が格段に増加する。地方官の裁判に關わるものを一例だけ擧げると、范攄の『雲谿友議』卷上、魯公明に⁽²²⁾「顏魯公、臨川内史と爲る。(中略) 邑に

楊志堅なる者有り。學を嗜みて貧に居る。郷人いまだ之れを知らざるなり。山妻その饕餮足らざるを厭い、書を索めて離を求む。志堅、詩を以て之れに送る。(中略) 其の妻、詩を持ちて州に詣り、公牒を請い、以て別醮を求む。顏公その妻を案じて曰わく、楊志堅は素より儒學を爲し、九經を遍覽し、篇詠の閑、風騷撫う可し。愚妻その未だ遇わざるを覩て、遂に離心有り。王歡の廩、既に虚し、豈に黄卷に遵わんや。朱叟の妻、必ず去る、寧ぞ錦衣を見んや。郷閭を惡辱し、風俗を敗傷す。若し褒貶無くんば、僥倖する者多からん。阿王は二十に決する後、改嫁に任かず。楊志堅秀才は、布絹各々二十疋・祿米二十石を贈り、便ち隨軍に署す。仍お遠近をして知委せしめよ、と。江左十數年來、敢えて其の夫を棄つる者有ること莫し。」という話が記されている。⁽²³⁾ここでは、官司に離婚の許可を自ら求めた婦人に對して、「二十に決する」

判決が下されているけれども、この婦人が咎二十の刑を受けなければならない法律上の根據はどこにあるのだろうか。妻の方から離婚話を持ち出したとは言え、夫もそれに應じて別れの詩を書いて妻に手渡したのであるから、この案件は、唐

戸婚律、義絶離之條の「若し夫妻、相い安諧せずして和離する者は坐せず。」の規定に當てはまるはずである。赦や格の中に未知の法文が立てられていたのではない限り、この婦人が何らかの刑を受けなければならない法律上の根據は存在しなかった、と考えるべきであろう。

『宋史』卷三三四、范純仁傳に、「著作佐郎を以て襄城縣を知す。（中略）襄城の民、蠶織せず。勸めて桑を植えしむ。罪有りて情の輕き者は、植うる所の多寡を視て其の罰を除く。民、賴慕を益す。後に呼びて著作林と爲す。」と記されている。輕罪に限るとは言え、知縣のこの處置は法律とは何の關係もなさそうである。

『名公書判清明集』に收められた南宋の地方官の判決文を見ると、本來科すべき法定刑よりも輕い刑罰を與えるだけで済ませる、という處斷の文言が堂堂と書かれており、驚かされる。例えば、卷十、人倫門、孝、「孝於親者當勸不孝於親者當懲」（眞西山）に、「吳良聰は罪、極刑に該るも、姑く輕きに從うを與し、杖育二十、髡髮、拘役一年とす。」、同卷、同門、不孝、「祖母生不養死不葬反誣訴族人」（方秋崖）に、「罪、十惡の地に在るも、輕きに從いて杖一百に勘じ、鄰州に編管す。」、亂倫、「子妄以姦妻事誣父」（胡石壁）に、「決脊黥配、要す過ぎたりと爲さざるも、且く愚癡無知なるを以て、輕きに從いて杖一百とし、鄰州に編管す。」、卷十一、人品門、士人、「引試」（蔡久軒）に、「本より合に徒斷すべきも、姑く擬に照して杖一百に勘じ、鄰州に編管す。」、同卷、同門、公吏、「違法害民」（蔡久軒）に、「贓數、五千貫を下らず、本より合に一例に配に從うべきも、姑く輕きに從い、脊杖十五を決し、一千里に編管す。」、「籍配」（蔡久軒）に、「阿莊の姦淫の罪は、條に照らすに合に流二千里に定斷すべきも、姑く輕きに從いて杖一百に勘じ、鄰州に編管す。」などとある。

また、愛宕松男「封案」の析斷の制——宋代における執行猶豫刑について——⁽²⁴⁾が指摘するように、『清明集』の中には、本來科すべき刑罰を一旦示しておきながら、その執行を停止ないし猶豫することを宣言する、「封案」という語が見出だされる。「輕きに從う」と言い、「封案」と言い、これらの處置は一體何の權限に基づいて行われたのであろう

か。

『元史』卷一九二、良吏傳、周自強の條に、「婺州路義烏縣尹に遷る。(中略)民、爭訟を以て庭に訴うる者有れば、一見して即ち能く其の曲直を知る。然れども未だ遽かに加うるに刑責を以てせず、必ず經典中の語を取りて、反覆して之れを開覽し、其れをして誦讀講解せしむ。若し能く悔悟して實を首すれば則ち其の罪を原す。若し迷謬怙惡して悛せざれば、然る後に之れを繩するに法を以てし、少も貸さず。民は畏れ且つ愛し、獄訟頓息す。」と記されている。同じ非を犯しても、悔悛すれば刑を全免し、悔悛しなければ法律通りに刑を科したという。

明末の濬縣知縣張肯堂の判決文集『當辭』について、濱島敦俊「明代の判牘」⁽²⁵⁾は、「當辭」の(州縣——佐立注)自理案件に類する判語には、律條への論及は無い。」という事實を報告している。

『當辭』の中から、法律に従っていない裁判の例を一つ示すと、卷二、蘇仲芳に、「鹽客高應聘と船戶蘇仲芳とは互訟すること屢なり。乃ち仲芳の、志を應聘に遅しするを獲ざると、應聘の、情を仲芳に忘るる能わざるとは則ち皆その故有り。蓋し仲芳の應聘に負うは、帳本犁然たりて仲芳、辭無きなり。船、道口を過ぐるに、應聘は復た上游に居る。仲芳、以て難無きなり。窘極まりて計始めて生ず。劉沛の病故に乘じ、名を清算に托し、之れを誘いて入船せしめ、奮臂交毆し、反りて人命を以て訟う。芳、自ら以て勝算已れに在りと爲すなり。然るに研審の餘、眞情逼露す。姑らく繩するに反坐の律を以てせず、ただ其の横毆の兇を杖するのみ。法を用いる者に在りては方に以て恕と爲し、捍綱する者は乃ち以て冤と爲す。此れ仲芳の、志を遅しするを獲ざる者なり。(中略)本縣は上臺の廉平の治を體す。日朗天清、惟だ三尺有るを知るのみ。豈に小人の洵洵の爲めに其の常法を輟せんや。兩造を合せて之れを縷悉せしむ。(中略)仲芳は人に負い、人を陥るるも、再び寛典に従い、姑く一杖のみを予えん。」という判決文が記載されている。

「ただ三尺有るを知るのみ。」と大見得を切っている割には、殺人を誣告した者に對して、「法を用いる者に在りては、まさに以て恕たり。」と述べて、誣告反坐の律の適用を差し控えている。

誣告反坐の律の適用を差し控えると言え、清代の地方裁判にも同様の現象が存在したことが知られている。中村茂夫「清代の判語に見られる法の適用」⁽²⁶⁾によれば、清代の「判語の中には、(中略)一旦誣告條を適用すべきであると言いがら、實際には刑を免じたり、或は極く軽い刑を科するに止まっている事案は極めて多い」という。そして、同じことは、清律の威逼人致死條の適用が問題となった事案や、鬪毆の事案についても言うことができると思われる。

清代の地方裁判での斷罪狀況一般について、滋賀秀三「判決の確定力觀念の不存在——とくに民事裁判の實態——」⁽²⁷⁾は、「知州知縣は、法の規定を發動して徒以上の刑に當てることができるような事件であっても、一應それを警告した上で、そしてしばしば何らか情狀酌量事由を擧げて、州縣自理の範圍内——懲らしめとしては最高枷號までの各種體罰、取調中の身柄の拘束、罰金、叱責等——で済ましてしまうことが少なくなかった。法に照らして、もともと笞・杖・枷號の刑にしか當らない軽い惡事については、(中略)殊さらに法規的根據に神經を使うことなく、適宜に右掲の諸手段で懲らして済ますのが常であった。」と述べている。また、「民事的法源の概括的檢討——情・理・法——」⁽²⁸⁾でも、「律例の刑罰規定のうち、笞杖枷號までの刑は判語のなかで正確に擬律されている例を極めて僅かしか見かけない。(中略)律例に規定される輕犯罪のすべてが實際に體罰の對象になったわけではないし、法に規定はなくともとにかく體罰を喰らいやすい行為類型も認められる。何をどのように懲らしめるかは結局は裁判官たる地方長官の裁量次第であった。」とされている。⁽²⁹⁾

以上のように、先行研究の助けを借りながらごく大雑把に史料を検索しただけで、地方裁判官が法律から離れた判決を下した事例をいくらかでも見つけることができる。しかもそれらは、漢代から清代まで時代を問わず、また、今で言う民事事件と刑事事件との區別を問わず、存在するのである。舊中國の地方裁判の現實についてのこのような常識は、前節に書いた、法律の規定から読み取ることができる舊中國の裁判の在り方についての常識と正面から對立している、と受け取らざるを得ない。これは一體どのように考えればよいのだろうか。一方の常識が正しく一方の常識が間違っているのだろうか

か。それとも兩者の間で折り合いをつける方法が何かあるのだろうか。

四 同時代人の意識

法律上の常識と現實についての常識とのどちらが正しいかを考える前に、地方裁判官が法律の規定からはずれた判決を下すことに關して、それぞれの同時代の有識者がどのような理解を示していたか、一應調べてみる必要がある。

『魏書』卷二十一上、獻文六王傳、趙郡王幹の條に、「洛に遷るや、趙郡王に改封せられ、都督冀定瀛三州諸軍事・征東大將軍・冀州刺史に除せらる。（中略）州、表すらく、馬を盜む人を斬するは律に於いて重きに過ぐ、と。しかるに尙書は、幹、初めて臨むを以て、縦して効せず。詔して曰わく、夫れ刑は以て人を節す。罪は必ず濫無からしむ。故に刑罰あたられざれば民、足を措く無し。若し必ず威殺を以て良と爲さば、則ち應に衆牧に汎通すべし。苟も須らく禁有るべくんば、何ぞ之れを正典に稽えざるを得んや。又た律令條憲は、新君、戮を加うるを聽すの文無く、典禮舊章は、始めて臨むに威を専らにするの美を著せず。尙書は朕の意に曲阿し、實は皇度を傷う。幹は治理に闇し。律外の重刑は並びに推闡す可し、と。」という記事がある。死刑にすべきでない者を斬刑に處した冀州刺史趙郡王幹の罪を、新任だからという理由で問わずに濟ませようとした尙書に對して、「律令條憲、新君戮を加うるを聽すの文無し。」と喝破した高祖の言葉は痛快である。しかし、いくら皇帝の弟とは言え、律の規定では死刑にはならない罪を斬刑に當てた刺史を、尙書は彈劾しようとはしなかつたのであり、皇帝の詔によつても、幹が何らかの處分を受けた形跡はない。死刑に當てるべきではない者を死刑に處した場合でさえこの程度だったのであるから、重い罪を軽い刑で濟ませたり、罪を犯した者に刑を科さなかつたりした地方官が、當時ほとんど何の制裁も加えられなかつたであらうことは、容易に想像できる。

『隋書』卷六十二、劉行本傳に、「雍州別駕元肇、上に言いて曰わく、一州吏有り、人の餽錢三百文を受く。律に依るに合に杖一百たるべし。然れども臣、下車の始めに其れと約を爲す。此の吏、故らに違う。加えて徒一年とせんことを請

う、と。行本、之れを駁して曰わく、律令の行わるるは、並びに明詔より發し、民と約束す。いま肇、乃ち敢えて其の敎命を重んじ、輕がるしく憲章を忽せにす。己れの言の必ず行わるるを申せんと欲し、朝廷の大信を忘る。法を虧き威を取り、人臣の禮に非ず、と。上、之れを嘉し、絹百匹を賜う。」と記されている。ここでは、律の規定上は杖一百に當たる罪を犯した州吏に徒一年の刑を負わせたい、という雍州別駕の奏請が、律令は皇帝が民に與えた約束として施行されているのであるから、人臣は、たとえ事前にも所部の屬吏と取り決めをしていたとしても、その取り決めに優先して勝手に律よりも重い刑を加えてはならない、という劉行本の反駁を受けている。當時、州の長官が屬吏の罪を杖一百からわずかに一等重くして徒一年に變更したい、と奏請しただけで、右のような議論を引き起こしたのである。⁽³⁰⁾

『文苑英華』卷五三三、判、爲政門、「不拘文法判」に、「甲は守と爲り、文法に拘せず。其の罪を科せんとするに、曰わく、無爲なるのみ、と。」という問いが設けられ、それに答える二つの對照的な判文が掲げられている。一つは「文法に拘せざる」郡守を罰するべきではないとするものであり、一つは罰するべきであるとするものである。まず、罰するべきではないとする判文から見ると、「官を建つるは惟だ賢のみ。下に臨むに簡を以てす。爰に大中の道に合い、淳古の風に還る可し。甲は清時に委質し、列郡に分符せらる。簡易の道を崇び、化、百城に洽し。文法の苛を削り、人、千里に安んず。汲黯の、守と爲り、臥して淮陽を理むるが如く、龔遂の、官を能くし、渤海に行歌するが若く、無爲にして理まり、肅せずして成る。固より良吏の嘉す可きものなり。何ぞ深文もて効せられんや。且つ政に經有り。豈に必ず之れを拘して常を守らしめんや。人、化す可し。自ら當に變じて道に至るべし。厥の罪を科せんと欲するも、其の宜しきを見ず。」⁽³¹⁾とある。

法律に従わなかったとは言え、敎化が行き渡り、民生が安定したのだから、罪を科するのは適當ではない、というのである。しかし、右の事案は虚構であるが、もし實際に郡守の不法が表面化して裁判にまで至ったとすれば、郡守の政治に何か不備な點がなかったか、疑ってみるのが順序であろう。このような時代離れした無責任な文章が、國家試験の答案と

して罷り通っていたとすれば、⁽³²⁾それは唐朝の道教優遇政策によるものであったことは、「無爲」の語から容易に察しがつく。汲黯の話は『史記』の本傳に出てくるが、「文法に拘せず」と明記されているのは、郡太守の時ではなく、九卿に列せられて以後についてである。⁽³³⁾また、龔遂の話は『漢書』循吏傳に出てくるが、彼の場合は、渤海太守に赴任するに當って、文法に拘束されず一切便宜をもって従事することの許可を、あらかじめ皇帝から得ていたのである。⁽³⁴⁾すると、右の判文が、その主張の根據としてこれらの故事を引用するのは、適切とは思われない。

次に、罰するべきであるとする判文を見ると、「範を垂れ則を作るは、政教に資するを本と爲す。上に居りて下を訓うるは、文法に在るを先と爲す。甲は異能に非ざるに、職、專守を忝なくす。聖人の轡策、曾て未だ公家に奉ぜず。爲政の脂粉、且に吏道を墮とすを聞く。必ずや心、待つ有るを疑い、道、無爲を貴ぶならん。遠く華胥の朝を企て、或いは人をして日用を迷わしむ。久しく大庭の俗に異なるに、何ぞ時とともに遷るを事とせずや。況んや澆風大に行きわたり、淳化すでに寢む。宜しく先王の法を奉じ、用て小人の心を革むべし。奚ぞ乃ち拘せず、自らこの咎を速やかにするか。縦い古訓を引くも、亦た今科に眞くべし。」⁽³⁵⁾とある。「華胥の朝」や「大庭の俗」のような太古の理想社會から遠く懸け離れた現實の社會を治めるためには、皇帝が定めた法律を奉じて人心を改善してゆく他はない。それなのに、そのような努力を怠り、無爲の政治の外見を飾ろうとして民を混亂に陥れるとは無責任ではないか、というのである。

北宋の李元弼撰『作邑自箴』卷二、處事に、「おおむね詞訟は須らく是れ當廳にて果決し、罪名を面諭すべし。しからざれば即ち枝蔓を生ぜん。其れ情輕きも法重く、理に於いて恕す可く、輕科に従わんと欲する者は、便ち當廳にて勘狀せしむ。若しややも稽緩せば、吏人、賂を受け、遂に枉法贓二十貫文と成らん。官員、例として當に衝替すべし。」⁽³⁶⁾と書かれている。ここに「情輕きも法重く、理に於いて恕す可く、輕科に従わんと欲する者」とあるが、犯罪の情狀が輕く、法定刑と釣り合わないときに、知縣が勝手に刑を輕くしてもよいのだろうか。『慶元條法事類』卷七十三、刑獄門、決遣に掲げられた斷獄敕に、「罪人、情輕きも法重く、情重くして法輕きは（注。應に笞杖に斷すべき罪は非。）奏裁せしむ。」と定

められている。⁽³⁷⁾ 罪人の情状と法定刑とが釣り合わない場合、徒刑以上の罪は奏裁しなければならない、というのであるが、かと言って、杖刑以下の罪は、裁判官が自由に情状を酌量して處分してよいわけではなく、法定刑通りに斷決しなければならぬ趣旨であつたに違ひない。⁽³⁸⁾ するとやはり、「情は輕いが法は重い」ときに、知縣が自らの裁量で「輕科に従わんと欲する」のは、違法であつたことになる。そして、そのことは『作邑自箴』の著者自身によつても自覺されてゐた。それは、右の文章の中に、裁判の過程で吏人が受け取つた賄賂は「枉法贓」を構成する、と明記してあることから疑いない。

『朱子語類』卷一一〇、朱子、論刑に、「今の法家は罪福報應の説に惑ひ、人の罪を出だして以て福報を求むるを喜ぶこと多し。夫れ罪無き者をして直を得ざらしめ、罪有る者をして倅免を得しむ。是れ乃ち惡を爲す所以なるのみ。何の福報か之れ有らん。書に曰わく、欽めや欽めや、惟だ刑のみ之れ恤えよ、と。いわゆる欽恤とは、其の、曲直を詳審し、罪有る者をして免るるを得ざらしめ、罪無き者をして濫刑を得ざらしめんと欲するなり。今の法官は欽恤の説に惑ひておもえらく、當に人の罪を寬めて其の死を出だすべし、と。故に凡そ罪の當に殺すべき者は必ず、出だす可きの塗をつくり以て奏裁を俟つこと多ければ、則ち率ね減等せらるること多し。當に斬すべき者は配せられ、當に配すべき者は徒、當に徒すべき者は杖、當に杖すべき者は笞とせらる。是れ乃ち條貫を賣弄し、法を舞わして昧を受くる者なるのみ。何の欽恤か之れ有らん。罪の疑わしき者は輕きに從ひ、功の疑わしき者は重きに從う。いわゆる疑わしきとは、法令の能く決する所に非ざれば則ち罪、輕きに從ひて功、重きに從うなり。惟だ此の一條、然りと爲すのみ。凡そ罪は皆、以て輕きに從う可く、凡そ功は皆、以て重きに從う可きを謂うには非ざるなり。」と記されている。『清明集』に收められた判決文の中に「輕きに從う」の語が頻出することは前節で觸れたが、「罪の疑わしき者は輕きに從う、とは、凡そ罪は皆、以て輕きに從う可きを謂うには非ざるなり。」という右の朱子の言葉は、時代は少しずれるけれども、⁽³⁹⁾ 『清明集』に見られるような「輕きに從う」判決に對する批判として受け取ることができる。

胡太初『書簾緒論』臨民篇に、「民を愛むの要は、尤も民をして罪を遠ざけしむるを先とす。（中略）其れ或いは犯有りて官に到らば、之れを哀矜して體察し、法の行う所に照らして一等を殺するを與す。亦た忠厚の徳なり。若し悉く法を盡くして施行せんと欲すれば、則ち必ず酷に流れん。昔、卓茂、密令たり。其の民を諭して曰わく、我れ禮を以て汝に教う。汝、必ず怨惡無からん。律を以て汝を治めば、汝、何ぞ其の手足を措く所あらんや、と。ああ、此れ仁人の言なり。凡そ令たる者は宜しく一通を寫して之れを座右に實くべし。」と説かれている。ここに「法の行う所に照らして一等を殺するを與す。」とあるが、いったい何の根據に基いて、刑罰を科するには法定刑よりも一等を減じてよい、ということが言えるのだろうか。すぐ後に卓茂の言葉が引かれているが、『後漢書』卓茂傳第十五の記事によれば、この言葉は、米肉の贈り物を受け取った亭長の罪を訟えた民に向かつて、歳時の贈答は禮に叶った行爲であつて、そのような行爲に對しては、律の適用そのものを差し控えるべきである、という趣旨で語られたものである。⁽⁴⁰⁾だから、右の卓茂の言葉からは、刑罰を科するには法律の規定よりも一等を減じてよい、という考え方は直接には出てこない。

『實政錄』卷六、風憲約は、明末の官僚呂坤が、山西按察使の時に所管の官吏を訓導するために書いた文章である。その中の提刑事宜、聽訟に次のような一條が掲げられている。「律に五答の罪有り。世に豈に答を犯すの人無からんや。近日、問官は全く答律を引用せず、只だ「應に爲すを得べからずして爲す」を用いるのみ。又た只だ「事理重き者」を用いるのみ。「不合」二字を下して全く律條を照管せざるに至る。鬪毆の傍人の如きは、則ち不合にも勸阻を行わずと曰い、徒夫、逃に在れば、則ち不合にも鎖押して乞食せしむと曰う。招、此くの如きの類甚だ多し。皆是れ律外に法を生み、無罪に科索するなり。以後、律條に罪無くして妄りに不合字様を下し、及び應に得べき罪名有るに、輒りに「應に爲すを得べからずして爲し、事理重き者」を用いるものは、批詞・自理を分かつたず、俱に違制濫科を以てす。先ず承行の吏書を拏し、問官は另議せん。」ここでは、たとえ答刑にしか當たらないう軽い罪であつても、律の中に對應する條文がある限りその條文を適用しなければならず、むやみに刑律、雜犯の不應爲條を適用して、本來答二十で済むところを答四十とした

り、本來笞刑で済むところを杖八十としたりしてはならない、ましてや、何の條文も引用せず、ただ「不合」だからと言うだけで濫りに罰を與えてはならない、と戒められている。⁽⁴¹⁾

このように、笞律の中に該當する條文が存在する限りそれを適用せよと細かく戒める一方で、呂坤「風憲約」は、法律の適用に融通をきかせるべき場合があることを認めている。提刑事宜、姦情に、「貧家の男女は雜わり易く、小民の名節は輕きこと多し。士夫の家の、内外を嚴にして以て遠別し、禮義有りて以て心を養うが若きには非ず。故に愚民貧民は、遽かに責むるに聖賢の道を以てす可からず。凡そ此の輩の姦情を決するには、文法に細拘す可からず。當に法外の情意有るべし。」同じく聽訟に、「近日、問官、人を杖罪に誣告するに因りて三等を加えて徒に入る者有り。死罪を誣告して未だ決せざれば、何を以てこれに加えんや。此れ法に泥みて理に達せざる者なり。其の官の才識、知る可し。」と書かれている。特に後者は、明律、刑律、訴訟の「人を杖罪に誣告するは、誣する所の罪に三等を加う。」という規定をそのまま機械的に適用する裁判官を非難しており、結局は誣告條の規定自體に對する批判に繋がることになる。このような法律の文言に拘泥してはならないという勸告と、先程の、たとえ笞罪のような軽い罪であっても、該當する律條を正しく適用した上で刑を科さなければならないという命令とは、法律の適用の仕方に着目する限り、一貫していないように見える。⁽⁴²⁾

藍鼎元の『鹿洲公案』は、雍正五年（一七二七）に彼が廣東省普寧縣の知縣に任じられ、直後に潮陽縣令を兼ねた約二年間に扱った訴訟事件の裁判記録である。⁽⁴³⁾ その偶紀上、兄弟訟田に、父親が没した後の剩田の歸屬を争って訟えてきた兄弟を和解させ、その剩田を父親のための祭田とさせた裁判の經過が記されている。末尾に、雍正七年（一七二九）にこの書物の序文を書いた曠敏本が、藍鼎元の採った解決方法に對する論評を加えており、それを見ると、「此の案は若し尋常に斷法せば、弟兄各々三十板を責め、田を將って均分すれば、便ち片言もて了事す可し。令君は偏に委婉に化導し、之れをして自ら天良を動ぜしめ、涕泣して相い讓るに至らしむ。此の時、兄弟姉姪は友恭親愛す。豈に三代以下の風俗ならん

や。必ず此くの如くんば、吏治は乃ち循良と稱せられん。」とある。「責三十板」というのは、中村茂夫「不應爲考」⁽⁴⁴⁾に、「不應重杖八十はその刑量で言つて、(中略)重責三十板に相當する」と述べられているから、**「不應爲條の「事理重き者」を適用する意味であらう。普通に法律を適用して裁くならば、身内の財産争いを世間に曝して風教に悪影響を與えた廉で、兄弟双方に不應重律に基づく刑罰を科し、兄弟均分の原則に従つて、争いの対象である土地を分割せれば、この事案は簡単に解決できるのであるが、藍鼎元は、そのような安易な方法は選ばず、委曲を盡くして兄弟を教え導き、二人の良心を揺り動かすことによつて、双方を心から仲直りさせ、互いに土地を譲り合うまでに至らせる、という面倒で時間がかかる解決方法を敢えて選擇した、と曠敏本は評價するのである。**

右の裁判は今で言へば民事に屬するが、『鹿洲公案』を讀むと、今で言う刑事事件に對する法律適用の仕方について、當時の考え方も知ることができる。偶紀上、卓洲溪に、商人を乗せた舟を襲つて金品を奪ひ取つた犯人に對して、「やや一たび究詰すれば、則ち富厚良民に波及せん。必ず直窮到底せんと欲すれば、恐らくは無辜の株累せらるる者、必ず多からん。」と理由を附けて、杖一百・枷號三箇月・責四十板だけの刑を科した⁽⁴⁵⁾、⁽⁴⁶⁾という裁判が記述されている。そして末尾に曠敏本の次のような論評が加えられている。「飢民攘奪するは、小に似て實は大なり。嚴ならざる可からず。然れども、劫賊を以て通詳して之れを死地に置かんと欲するは、則ち又大に似て實は小にして、情、忍びざるなり。荒歉の餘、久累に堪えず。事主をして原贓の獲有らしめ、しかして解省にて跋涉するに中途にて餓孚するの憂無からしむ。莠民をして懲創の苦有り、萬死一生の慶有らしめ、茲れより改過遷善し、敢えて非を爲さざらしむ。法は是くの如くすれば足る。令君初到の時に當たり、此の類甚だ多し。詳せんと欲するも勝けて詳す可からざるも、數月の後、遂に已に跡を絶つ。并せて鷄を攘み狗を盜む者も亦た之れ無し。乃ち知る、大事を小に化せしむるも、亦た地方を整頓するの要着なるを。文法を以て之れを拘す可からざるなり。」無辜の良民が事件に巻き込まれることを恐れる藍鼎元の言葉や、飢饉に迫られて追剝を働いた民に強盜罪の死刑を當てて、身柄を上級審に移送するのは忍びない、という曠敏本の言葉は、一見も

ってもらしく聞こえる。しかし、だからと言って、法律上本来は上級審に送るべき重罪案件を、知縣が勝手に、州縣自理の範圍内に收まる輕罪に「化」してしまつてよかつたのだろうか。一體何時の間に知縣はそのような權限を獲得したのだろうか。素朴な疑問を禁じ得ない。

五 法律に従わない判決の正體

官司に紛争が持ち込まれると裁判官は、立法者が思い附く限りのあらゆる紛争類型のそれぞれ一つ一つが刑罰の輕重段階のいずれか一つと漏無く結び附けられている形式の法律に嚴密に依據して、紛争を引き起こした當事者に對してその紛争類型に對應する刑罰を言い渡す、というのが現存する法律の規定から讀み取ることができる舊中國の裁判の在り方である。これは一つの常識である。ところが現實には、舊中國の地方裁判官は、官司に持ち込まれた紛争が法律に定められた紛争類型に合致するにもかかわらず、その法律の適用を差し控えたり、あるいはその法律に定められた刑罰とは異なる刑罰、多くは輕い刑罰を紛争の當事者に科したりしていた。この事實もまた一つの常識である。これら二つの常識は明らかに矛盾しているので、兩者のうちどちらが正しくどちらが間違っているか、という疑問がまず浮かんでくる。しかし、前節で見たように、各時代の有識者は、地方官による法律適用の仕方が、法律自身が豫定する法律適用の在り方と合致していない場合があることを確かに認識していたのであるから、右の疑問に對しては、二つの常識は兩方とも正しい、と答へざるを得ないのである。

二つの常識がどちらも正しいとすると、言い換えると、二つの常識の間に存在する矛盾を矛盾としてそのまま受け入れなければならないとすると、それではなぜ、先のような法律上の裁判の在り方の下で、地方裁判官が法律に従わない判決を下すことが可能だったのか、という疑問が當然生まれてくる。常識同士の間の矛盾から生まれたこの疑問に對しては、やはり常識的かつ單純に答へたいと思う。即ち、實際に裁判を擔當した地方官やそれぞれの同時代の有識者がどのような

意見を持っていたとしても、法律に従わずに自由な裁量によって裁判の判決を下すことができる権限を地方官に與える實定法上の根據が存在しない限り、法律の規定から外れた判決は全て單なる法律違反の存在に過ぎない。それでは、そのような法律違反の判決がなぜ堂々と罷り通っていたかと言えば、法定刑よりも軽い刑罰を言い渡すなど訴訟當事者にとって得になる場合が多かったため、判決に不満を抱いた當事者によって上訴されることが少なく、その結果、上級地方官が下級地方官の、中央官司が上級地方官の法律違反に氣が附く機會も少なかっただけのことに過ぎない、と考えるのである。

少し説明を補うと、第三節に掲げた『雲谿友議』の事例では、離婚の許可を州に求めた婦人が、法律上の根據がない筈二十の刑を科されており、法定刑よりも重い刑罰を言い渡されていることになるが、この婦人は念願の離婚を實現することができたのであるから、いわれなく二十敲を受けたぐらいでは、上訴したくなるほどの不満は州の判決に對して抱かなかったであろう。法定刑よりも軽い刑罰を言い渡すと訴訟當事者にとって得になるから上訴されることが少ない、という先程の假説に對しては、それは一面的な見方であつて、刑罰を受ける側には不満はないかもしれないが、相手方の罪を訴えた側にとっては、相手方があまりにも軽い刑罰を科されただけで裁判が落着しては承服し難いものがあるのではないか、という疑問が生じるかもしれない。⁽⁴⁷⁾これは確かに理窟ではその通りであるが、實際上は、相手方に言い渡された刑罰がこちらが豫想していたよりもはるかに軽いと感じても、相手方がある程度の懲らしめを受けるのであれば、もし上訴すれば當然費さなければならぬお金や時間を犠牲にしてまでも上訴したくなるほどの不満は抱かなかつたであろう。⁽⁴⁸⁾ましてや、盗まれた品物が返されたり、賠償金が給付されたり、請求していた金額が支拂われたりするなど、ある程度のお金銭的な補償が得られた場合には、相手方が受ける刑罰の輕重がどうであれ、判決の内容に一應満足する當事者が多かったに違いない。

こうして、舊中國の地方裁判官は、法律に従わない判決を下しても、その内容が法定刑よりも軽い刑罰を言い渡すものである場合が多かったため、刑罰を受ける側の當事者が判決に不満を持つことは少なく、反對側の當事者も、金錢上の損

得などを考慮することにより、相手方に豫想よりも軽い刑罰しか科さない判決に對して、上訴したくなるほどの不満を抱くことは少なく、訴訟當事者のどちら側からも上訴されることが少なかった結果、判決中の法律違反の責任を上級官司から問われる危険もまた少なくて済んだ、というわけである。

法律の規定から外れた判決が法律違反の存在であるのは當たり前には違いないが、ここで「法律違反」という言葉を使ったのは、判決の内容が法律に従っていない状況を表面的に描寫するためではなく、法律に従わない判決を下した事實が發覺すると裁判官は何らかの法的制裁を甘受しなければならないのが制度の本旨であつた、と主張したいからである。

『皇明制書』所收『諸司職掌』の大理寺の項に「合律照駁式」として、「大理寺卿臣某ら謹んで奏す。李甲、不應を告する事の爲めにす。刑部某部の問擬する李甲ら一十六名は、數内、律に合うもの一十五名。律に合わざるもの張丙一名なり。照駁すること有り。謹んで具さに奏聞す。一つ、照駁。前件は本寺、律に照らすに、張丙の合に得べきは、賊を計るに竊盜一貫之上の律に准り、杖七十なれば罪に出入無し。其の刑部某部は却りて不應律に依り笞四十とす。未だ故失を審らかにせざるも、已に張丙の杖罪三十を出だす。據る所の當たらざる官吏は、尙書某・侍郎某は上裁を取るを除き、其の子部某部官吏某人は、合に法司に送りて問罪すべし。仍りて改正せしむ。(中略)洪武年月日。」という文書式が掲げられている。この中で「照駁」の對象になっている笞杖罪は、刑部が問擬していることから、徒刑以上に該當する重罪事件に隨伴する案件であると思われるが、その笞杖罪を擬するのに、わずかに「杖罪三十」程度のずれが、本來與えるべき刑罰との間に生じただけで、刑部の責任者が故失出入人罪に問われることになっていたのである。

また、清代州縣裁判での笞杖刑について、滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判」⁽⁴⁹⁾は、「主犯は徒以上に處さるべき事案のうち、從犯や關係人で杖・笞に當る者があるとき、この者については州縣かぎりで執行し放免する。ただその旨が主犯に關する上申文のうちに述べられる。これを検討した上司が、州縣の科した杖・笞を不當と認めたときは改正を命じた。より輕くという改正ならば州縣の官の勤務評定上の失點となるだけであるが、より重くという改正であると、差引計算によ

って刑を追加された。」と述べている。徒以上の重罪事件に伴う笞杖罪について、州縣の下した判決を上司が不當と認めて改正を命じることがあり得るならば、獨立した笞杖罪についても、判決に不服を抱いた當事者がもし上訴すれば、州縣の判決を上司が改正することがあっても、少なくとも制度上は、おかしくはなかったのではないだろうか。

このように見てくると、笞杖刑にしか該當しない軽い罪に對しても、法律を正確に適用しなければならない義務が、舊中國の裁判官には本來課されており、しかもその點は、刑部の裁判官も州縣の裁判官も變わりがなかった、と考えられるのである。ましてや、州縣の裁判官が、徒刑以上に該當する重罪に對して杖刑などの軽い刑罰を當てることによって、その案件を上級審に送らずに處理してしまうことが、完全な違法行爲であつたのは疑いあるまい。例えば、清代の州縣裁判で誣告反坐律の適用が緩められる場合が多かつた、という中村「清代の判語に見られる法の適用」の指摘を前節で紹介したが、その中村論文は同時に、「地方官の大幅な裁量による誣告條適用の回避の傾向は、國家司法の立場からしたとき、大きな弊害ありと看做され、本來決して容認されるものではなかつた。嘉慶から光緒年代にかけての皇帝の數次の訓令や裁可に、このことに及んだものが見られる。」⁽⁵⁰⁾「しかし、地方官は累次の訓令を冒しても、誣告の規定を容易に適用せず、自らの裁量によって、自理の範圍内で事件を治めようとした。」と述べている。地方官による誣告條の適用回避は、やはり單なる違法行爲に過ぎなかつたのである。

地方官が法律に従わずに下した裁判判決は單なる法律違反の存在に過ぎない、という當たり前の認識にこだわる意味は、舊中國の地方官が裁判で法律をどのように用いていたか、という問題についての學說の現状と右の認識とを對比してみると明確になる。第三節で、裁判官が獨斷で刑の執行を停止ないし猶豫することを意味する「封案」の語が『清明集』に出てくる、という愛宕「封案」(析斷の制)の指摘を紹介したが、その愛宕論文は、「宋代に入つて社會機構は深刻に複雑化する。(中略)特に經濟の著顯な發展に伴う庶民生活圏の擴大は、この種の(裁判官の廣い自由裁量圏内にある——佐立注)不應爲罪を急激に頻發せしめずにはおかないであろう。不應爲罪の頻發につれて、裁判官の自由裁量權も擴大の方向

をとることは十分に察せられる。その現證が（中略）清明集に見える封案・封案（⁵¹）（析斷の制に他ならないのである。」と述べ、「封案」を裁判官の「自由裁量權」に基づく措置と理解している。

また、清代の知州知縣が、徒以上の刑に該當する事件を州縣自理の範圍内で済ましてしまうことが少なくなかった事實について、滋賀「判決の確定力觀念の不存在」は、「知州知縣なるものが警察・檢察——兩者は未分化——に相當し、徒以上の刑にかかわる上申・覆審の手續は、求刑を伴った公訴提起に相當する、と見ることができないわけでもない。そして、この比喩の上に立つて言うならば、われわれにおけると同様、そこには起訴便宜主義が行われていた。⁽⁵²⁾」と説明している。さらに、右の比喩を受けて、中村「清代の判語に見られる法の適用」は、「本來州縣自理の範圍内に委ねられた有罪の事件における刑罰——枷號以下——の適用の際をも含めて、そこには起訴便宜主義の趣旨に比べ得るものが働いていたのではないかと考えられる。我が刑事訴訟法の起訴便宜主義は、檢察官に起訴・不起訴の裁量の餘地を認めるものであるが、知州・知縣等（中略）の刑罰の適用は、⁽⁵³⁾まさしく、右の起訴・不起訴の裁量なる語を、有罪・無罪の大幅な裁量の語に置き代えて考えてみるができるであろう。」と論じている。

しかし、法律の規定から外れた判決は全て單なる法律違反の存在に過ぎない、という認識を足場にするならば、依據すべき法律があるにもかかわらず、その法律に従わずに判決を下す地方裁判官の行爲を、「自由裁量權」や「起訴便宜主義」という概念を導入して理解しようとする發想は、受け入れ難いことに氣が附くのである。なぜなら、「自由裁量權」も「起訴便宜主義」も法律によって正當性を與えられる概念であるから、そのような概念の導入は、地方裁判官が法律の規定から外れた判決を下すことは法律上許された行爲であった、という認識につながり兼ねないからである。寺田浩明「清代司法制度研究における「法」の位置付けについて」⁽⁵⁴⁾は、「地方官が民事裁判を成文法に準據しないで處理していたという事實は、官僚制の末端で現れる單なる事實的な狀態、當時の裁判の原理原則と矛盾する事態としてではなく、より體制的な秩序價值に關係した現象、むしろ舊中國型秩序維持の原型に即した事態として見なければならぬ。」と主張してい

る。この中から言葉を借りるなら、舊中國の地方官が成文法に準據しないで裁判を處理していたという事實は、寺田論文の主張とは正反對に、まさしく「官僚制の末端で現れる單なる事實的な狀態、當時の裁判の原理原則と矛盾する事態」に他ならなかった、というのが本稿の認識なのである。

それでは、なぜ舊中國の地方官は、裁判に當たつて法律の規定から外れた判決を敢えて下したのだろうか。敢えて下したというよりも、單純に勉強不足で法律の意味が理解できなかった、それどころか規定の存在そのものを知らなかった、という場合も實際は多かったと思われる。それは論外としても、勤務評定の面から見て、法律違反による失點よりも、統治能力が不足していると評價されることの方を恐れ、上級官司の介入を招かないうちに紛争を終息させるため、法律の適用を緩めることによって當事者を宥めた、⁽⁵⁵⁾という風な、自分の地位を保全する目的を隠し持つ場合も多かったに違いない。けれども、舊中國の地方裁判官が、法律の規定とは異なる判決を下したのは、基本的にはやはり、その方が訴訟に係する管轄下の人民にとって利益になる、と確信していたからであろう。中村「清代の判語に見られる法の適用」が、「知州・知縣等の律例や刑罰適用の在り方も、（中略）形式的公平の實現よりも、⁽⁵⁶⁾個々の事件における適切且つ正しい解決を意圖しつつ、具體的正義の實現を目差して行われたものと言えるであろう。」と述べる通り、舊中國の地方裁判官の善意を疑うことはできない。

しかし、國家の裁判制度の末端を擔うに過ぎないとは言え、地方裁判官が法律の規定とは異なる判決を下すことは、たとえそれによって個々の事件の當事者を満足させることができたとしても、長い目で見た場合、また社會全體から見た場合、望ましい行爲であつたと言ひ切ることができようか。適用すべき法律が明らかに存在するにもかかわらず、その法律の規定に従わない裁判判決が、各地で頻繁に下され、しかも、そのような事態が恆久的に續く、ということになると、その結果、一般人民の遵法精神の伸長に重大な悪影響が齎されることはなかったであらうか。さらには、産業の高度な發展のために不可缺と思われる、人民相互の信頼關係が損われることはなかったであらうか。

『晉書』刑法志に、三公尚書劉頌の上疏に對して、門下省が三公曹に通過した次のような文章が記載されている。「昔、先王は事を議りて以て制す。中古より以來、法を執りて事を斷ず。既に以て法を立つ。誠に宜しく復た法外の小善を求むべからざるなり。若し常に善を以て法を奪わば、則ち人、善を逐いて法を忌^{おそ}れず。其の害、法無きよりも甚しきなり。」⁽⁵⁷⁾ 舊中國の地方裁判官が法律の規定に嚴密に従うことなく下した判決の多くは、まさに右の文章が言う「法外の小善」の施し以外の何物でもなかった、というのが本稿の結論である。

註

(1) 「紛争」の語は、高見澤磨「罪觀念と制裁——中國におけるもめごとと裁きとから——」(『シリーズ世界史への問い』5 規範と統合』所收、岩波書店、一九九〇年)に、「小論では、今日の我々から見て民事紛争及び輕微な刑事事件と呼ぶべきものを民事的紛争と呼ぶ。そして、輕微な刑事事件を除く刑事事件を刑事的事件と呼ぶ。この二つを合わせて、もめごとと呼ぶことにする。」(三〇二頁)と定義されている「もめごと」の語から借りた。

(2) 『清代中國の法と裁判』所收、創文社、昭和五九年。一四九頁から五〇頁。

(3) 『東洋史研究』第四〇巻第一號原載、一九八一年。前註(2)所掲著書所收。二六五頁。

(4) 『法政理論』第九卷第一號掲載、新潟大學法學會、一九七六年。三二頁。

(5) Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang (eds.) "Civil Law in Qing and Republican China" (Stanford University

Press, 1994) Bernhardt and Huang "The Issues" p. 9, は、清代の民事裁判について、地方官は一貫して成文法典中の明白な原則に導かれて判決を下しており、人情や道義といった漠然とした基準に依據して、豫測できない判決を下していたわけでは決していない、と主張している。また、森田成滿「清代に於ける民事法秩序の構造」(『星藥科大學一般教育論集』第二二輯掲載、一九九五年)は、裁判規範としての清代の民事法について、「制度上、法にのみ準據するという考えは稀薄になっていたけれども、法があれば、まずは法によるべきであるとされ、通例、それによって判斷されていたことになる。」(四八頁)と述べている。拙稿『清明集』の「法意」と「人情」——訴訟當事者による法律解釋の痕跡——(『梅原郁編『中國近世の法制と社會』所收、京都大學人文科學研究所、平成五年)は、南宋の地方官の裁判判決文を集めた『名公書判清明集』から讀み取ることが出来る民事的裁判の世界では、當事者の主張の是非を法律に依據して二者擇一的

に判定することによって紛争を解決しなければならない、という信念が各裁判官に共通して存在した上に、實際にもそのように判決が下されていた、とする。

- (6) 本節の内容は、奥村郁三「戸婚田土の案」(『關西大學法學論集』第一七卷第五號掲載、一九六八年)など、諸先輩によって説明し盡くされた、まさに「常識」ばかりであるが、本稿の論旨に缺くことができない知識なので、敢えて重複を避けた。

- (7) 仁井田陞『唐令拾遺』(東京大學出版會、一九八三年)七六七頁。ただし、「若格重聽依犯時格」の最後の「格」字は、養老獄令に「若し格重ければ、犯時に依るを聽す。若し格輕ければ、輕法に従うを聽す。」とあるのに従って、削除すべきであらう。

- (8) 先に引いた名例律、彼此俱罪之贓條の問答の文について、律令研究會編『譯註日本律令五』(東京堂出版、昭和五四年)「名例」三二(滋賀秀三譯註)注5は、「疏文「餘條……」以下は、格は效力において律に優先するという原則を律疏が明言した言葉として貴重である。一般法たる律に對して格は特別法の地位に立つのであるから、それは當然の理でもある。」と述べている。

- (9) この條文については、中村茂夫「不應爲考——「罪刑法定主義」の存否をも巡って——」(『金澤法學』第二六卷第一號、昭和五八年)を参照。

- (10) 『唐令拾遺』七五七頁。

- (11) 『唐令拾遺』七八七頁。

- (12) 讀み下しは、秦簡講讀會『雲夢睡虎地秦墓竹簡』釋註初稿「承前5「法律答問(下)」(『中央大學大學院論究』文學研究科篇、第一四卷第一號掲載、一九八二年)一二四頁に基づく。

- (13) 滋賀秀三「中國法」(『ブリタニカ國際大百科事典』13所收、一九七四年)は、「漢から清にいたるまで、法の形式はほぼ同一の基調を保ちながら複雑な變遷をとげた。(中略)(一)基本法典、(二)副次法典、(三)單行指令という三つのレベルを頭に入れておくと、どの時代の法制を理解するにも助けとなる。」(二二〇頁下段)と解説している。

- (14) 前註(9)所掲中村論文は、「不應爲條の由來は、沈家本その他の諸家が『漢書』等に散見する數例を引いて、漢律に求められるとしているが、なお詳らかにされてはいない。」(二二頁)と述べている。

- (15) 清律もほぼ同様。清律の「比附」については、中村茂夫『清代刑法研究』(東京大學出版會、一九七三年)第二章を参照。

- (16) 唐律から明律に至る類推解釋に關する規定の變遷については、仁井田陞『補訂中國法制史研究』刑法(東京大學出版會、一九九一年)第二部第六章を参照。

- (17) 『譯註日本律令五』「名例」五〇(滋賀秀三譯註)は、「舉重明輕・舉輕明重がいうなれば定性的操作であり應用範圍が限定されるに對して、比附は定量的操作であつてその應用範圍は頗る廣い。」(二〇四頁)と述べている。

- (18) 本文に掲げる文章が晉律の條文であることについては、堀

敏一「晉泰始律令の成立」(『東洋文化』六〇掲載、東京大學東洋文化研究所、一九八〇年)四二頁注(30)を参照。「劉頌が晉律を引用したとする論が正しいとすれば、罪刑法定主義の明確な規定が、晉律ではじめて確認されるわけである。」と述べる。

- (19) 読み方は、秦簡講讀會「『雲夢睡虎地秦墓竹簡』釋註初稿」承前4「法律答問(上)」(『中央大學大學院論究』文學研究科篇、第一三卷第一號掲載、一九八一年)九〇頁から九一頁に基づく。『漢書』卷一七、孝武功臣表、新時侯趙弟の項に附された晉灼の注に、「律說。罪を出たすを故縱と爲し、罪に入るを故不直と爲す。」とあることから、漢律にも出入人罪の規定が存在し、しかもそれは秦律から受け継いだものであったことが知られる。沈家本「漢律摭遺」卷六(『歷代刑法考三』所收、中華書局、一九八五年)一四九五頁、程樹德『九朝律考』(中華書局、一九六三年)九八頁から九頁を参照。

- (20) 『後漢書』逸民列傳第七三に、「高鳳、字は文通。(中略)鳳、年老、志を執りて倦まず、名聲著聞す。太守しきりに召請す。免るを得ざるを恐れ、自ら本、巫家なれば、まさに吏と爲るべからずと言ひ、又た、詐りて寡嫂と田を訟え、遂に仕えず。」とある。『東觀漢記』高鳳傳、ほぼ同文。

- (21) 『隋書』卷三九、于義傳にも、「周閔帝受禪す。(中略)安武太守に累遷す。専ら德教を崇び、威刑を尙はず。郡民張善安・王叔兒有り、財を争いて相い訟り。義曰わく、太守、德薄く任に勝えざるの致す所、其の罪には非ざるなり、と。

是に於いて家財を取り、二人に倍與し、喩して遣去せしむ。善安らは各々恥愧を懷き、他州に移貫す。」という話が見られる。

- (22) 四部叢刊續編子部所收のテキストを使用。

- (23) この話の中に掲げられている顏真卿の判決文は、『全唐文』卷三三七に「按楊志堅妻求別適判」として収められている。市原亨吉「唐代の「判」について」(『東方學報』京都、第三三冊掲載、昭和三八年)参照。

- (24) 『東方學會創立二十五周年記念東方學論集』所收、昭和四七年。

- (25) 滋賀秀三編『中國法制史——基本資料の研究』所收、東京大學出版會、一九九三年。五一八頁。

- (26) 前註(4)所掲、一四頁、三七頁から八頁。

- (27) 前註(2)所掲『清代中國の法と裁判』所收、第三論文。二四七頁から八頁。

- (28) 前註(2)所掲著書、第四論文。二七三、四頁。

- (29) 小口彦太「清代地方官の判決録を通して見た民事的紛争の諸相」(『中國——社會と文化』第三號掲載、一九八八年)も、『天台治略』と「判語録存」とに収められた清代の判語を材料として、「純然たる刑事案件、とりわけ徒罪以上の「重案」の處理にあたっては、嚴格に國家法に準據することが要求されていたが、このことは本史料でも貫かれている。」「他面、刑事案件といっても、量刑的に笞、杖の範圍にとどまる輕微な刑事案件の場合については具體的な條文への言及はほとんどなされておらず、刑の執行も猶與されている。」

(三九頁)「ただ、徒罪以上の「重案」にあつても、誣告反坐律がそのまま適用されているケースは稀であ」(四九頁注(13))る、と報告している。

(30) だし、『隋書』卷二、高祖紀、開皇一七年(五九七)三月丙辰詔に、「若し所在の官人、相い敬憚せず、自ら寛縱すること多ければ、事、克舉し難し。諸て殿失有れば、科條を備うと雖も、或いは律に據るに乃ち輕く、情を論するに則ち重し。即ちに罪を決せずんば、以て懲肅する無し。其れ諸司、屬官を論するに、若し愆犯有らば、律外に於いて斟酌して決杖するを聽す。」とあり、官司がその屬吏の罪を裁く場合には、情狀を酌量して律の規定よりも重い刑罰を、杖刑までならば、與えることが隋代には認められていた。

(31) 作者不明。瀧川政次郎「文苑英華の判について(二)」(『東洋學報』第二八卷第二號掲載、昭和一六年。一九九頁)は、『文苑英華』所收の判の製作年代は、大體、隋末唐初から五代にかけての間に分布していると推測できる、とする。

(32) 「唐代の判文で現存するものの大部分は官吏任用試験である選舉に關係するものである。(中略)實際の試験答案か、受験對策用の習作であつた。」大野仁「唐代の判文」(前註

(25)所掲『中國法制史』所收)二六八頁。

(33) 『史記』卷一一〇、汲黯傳に、「遷りて東海太守と爲る。黯は黃老の言を學ぶ。官を治め民を理むるに、清靜を好み、丞史を擇びて之れに任す。其の治は大指を責むるのみ。小を苛めず。黯、多病なれば、閭閻内に臥して出でず。歲餘にして東海大いに治まる。之れを稱せらる。上、聞き、召して以

て主爵都尉と爲す。九卿に列せらる。治務は無爲に在るのみ。大體を弘め、文法に拘せず。」とある。『漢書』卷五〇、汲黯傳もほぼ同文。

(34) 『漢書』卷八九、循吏傳、龔遂の條に、「宣帝即位す。之れを久しくして、渤海左右郡、歲飢し、盜賊並び起る。二千石、禽制する能わず。上、能く治むる者を選ばしむ。丞相御史、遂を擧げ、用いる可しとす。上、以て渤海太守と爲す。(中略)遂曰わく、臣聞く、亂民を治むるは猶お亂繩を治むるがごとし、と。急ぐ可からざるなり。唯だ之れを緩め、然る後に治む可し。臣願わくは、丞相御史をして且らく臣を拘するに文法を以てすること無からしめ、一切便宜もて從事するを得んことを、と。上、これを許す。」とある。

(35) この判文について、前註(23)所掲市原論文は、「英華の刊本は作者名を脱す。靜嘉堂本は脱せず。」(一八三頁)と述べ、作者名を盧鋐としている。『全唐文』卷九〇一も、この判文を盧鋐の作品として收載している。盧鋐は、『新唐書』卷七三上、宰相世系表に「延州刺史」と記されている。なお、「聖人之轡策」の句を、『全唐文』は「理人之轡策」に作る。「爲政之脂粉」の句と對になっていることから、「理人」の方が適當であらう。

(36) 佐竹靖彦「作品自註譯注稿(その三)」(『岡山大學法文學部學術紀要(史學篇)』第三七號掲載、昭和五二年)四三・四四頁を参照。

(37) 川村康「宋代死刑奏裁考」(『東洋文化研究所紀要』第二二四冊、東京大學、平成六年。七〇頁駐(29))は、「流罪以下

の情法不稱が奏裁原因として一般化されたのは北宋後期以降である。」として、『宋會要』一六四冊、刑法一、格令一、熙寧九年（一〇七六）の「樞密使吳充言」を引用して、「この時点では流罪以下の情輕法重奏裁は、在京を除けば赦書に明文がある場合に限られていた。吳充の言はその全國化を求めたが、編敕所は海行敕での明文化を見送った、と述べている。『作邑自箴』の李元弼序が書かれたのは、政和七年（一一一七）である。

- (38) 前注所掲川村論文は、「情狀と法定刑が釣り合わないと思われても、地方官は獨斷で量刑を變更してはならなかった。なぜならば法定刑は皇帝の意思であり、これを改めることは皇帝にしかできないからである。」(四〇頁)と述べている。この説明は、慶元斷獄敕で奏裁を義務づけられた徒以上の刑だけではなく、笞杖の刑にも當てはまるであらう。

- (39) 『清明集』所收の判決文が書かれたのは、およそ西曆一一一〇年から一二六〇年に至る時期である。陳智超『宋史研究の珍貴史料——明刻本《名公書判清明集》紹介』（點校本『名公書判清明集』下卷所收、中華書局、一九八七年）六八五頁。

- (40) 佐立「裁判基準としての「人情」の成立について」（『法制史研究』第四五號掲載、一九九五年）八二頁。

- (41) 濱島「明代の判牘」（前註(25)所掲、五一八頁）に、「明末呂坤は、州縣自理案件の裁きが、適用する律條の確認＝擬律を行わず、「不應（ふとどき）」の一句で處理することを非難し、上級審の批判に堪え得るよう面倒がらず擬律を行うべ

き事を説いていたが（『實政錄』卷八・提刑事宜）」と指摘されている。

- (42) ただし、できるだけ刑罰を軽く済ませようとする意圖がある点では両者は共通している。このことは、一九九六年八月の第一五回東洋法制史研究會で、「舊中國の地方裁判では法律に依據しない判決がなぜ可能だったか」という題で報告した折に、その討論の席上で、金澤大學法學部の中村正人助教授から教えていただいた。

- (43) 『鹿洲公案』については、宮崎市定『鹿洲公案——清朝地方裁判官の記録——』（『全集』別卷所收、岩波書店、一九九三年）の「解題」、劉鵬雲・陳方明注譯『鹿洲公案』（群衆出版社、一九八五年）の「前言」を参照。

- (44) 前註(9)所掲、二四頁。

- (45) 中村「清代の判牘に見られる法の適用」（前註(4)所掲、四一頁～二頁）は、知州・知縣等が、事件を上級審に送ることを少くし、できるだけ自らの段階で處理し了えることを意圖した理由の一つとして、「原告・被告はもとより、多くの關係人の訴訟に伴う負擔が、一層過重になることを避けさせようとする」配慮を擧げている。

- (46) 『大清律例』刑律、賊盜、白晝搶奪條例に、「粮船の水手、夥衆十人以上、器械を執持して搶奪すれば、首爲るは強盜律に照らして治罪し、從爲るは一等を減ず。如し十人以下にして、又た器械無き者は、搶奪律に照らして治罪す。」、強盜律文に、「強盜（中略）、但そ財を得る者は、首從を分かつず皆斬す。」、白晝搶奪律文に、「白晝、人の財を搶奪する者は、

杖一百徒三年。賊を計りて重き者は、窃盜の罪に二等を加う。」とあり、本文の犯人の罪が州縣自理の範圍内に收まるものではなかったことは確かである。そこで本来ならば、知縣藍鼎元は、この事件を上級審に送らなければならないはずであった。

(47) 現にこの疑問は、前註(42)に記した佐立報告に對する討論の席上で、中村正人金澤大學法學部助教授から呈出された。

(48) 訴訟當事者が一般庶民である場合、相手方や自分が言い渡された刑罰が法律の規定と比べて重いか軽いかかわかる程度の法律知識を、彼らが持っていたかどうか、がそもそも問題である。夫馬進「訟師祕本の世界」(『明末清初の社會と文化』所收、京都大學人文科學研究所、一九九六年)は、『詞家便覽蕭曹遺筆』の中に、「律の規定によればある罪情に對する刑罰は何々と規定されている、従つて先の判決は不當であると主張する」(二二二頁)訴訟文例が存在する事實を紹介しながらも、「訟師祕本に盛られた法律は、實際に存在していた法律に比べて著しく貧弱なものであった」(二二二頁)として、「少なくとも一般庶民にとっては、正確な法律に接近する手段は極めて限られたものであり、訟師祕本が身近なところにあったのに比べると、それははるかに遠いところにあったようである。」(二二二頁)と述べている。そこで、舊中

國の地方裁判官が法律に従わない判決を下しても上訴されることが少なかったのは、單に訴訟當事者が法律を知らなかったからに過ぎない、という可能性も大いに考えられる。しかし、一般庶民が法律の内容をどの程度知っていたか、もしくは知り得たか、という問題に對しては、自分はまだ答えを出すには到っていない。

(49) 前註(2)所掲『清代中國の法と裁判』第一論文。三二頁。

(50) 前註(4)所掲、一八頁、二〇頁。なお同論文二七頁註(33)を參照。

(51) 前註(24)所掲、二二二頁。

(52) 前註(2)所掲著書、二四七頁。

(53) 前註(4)所掲、三八頁。

(54) 『思想』七九二號掲載、岩波書店、一九九〇年。一九〇頁。

(55) この想定は、前註(42)に記した第一五回東洋法制史研究會での佐立報告に對する討論の席上で、立命館大學國際關係學部の高見澤磨先生から教えていただいたものである。

(56) 前註(4)所掲、四五頁。

(57) 内田智雄編『譯注中國歷代刑法志』(創文社、昭和三九年)一六三頁から四頁に現代語譯がある。

LAW AND DISTRICT COURTS IN PREMODERN CHINA : THE MEANING OF JUDICIAL DECISIONS MADE OUTSIDE THE LAW

SADATE Haruhito

In premodern China the statute law itself provided that a judge had an obligation to render all decisions in strict accordance to the statutes. However, an investigation of the reality of district court cases in premodern China brings to light innumerable cases through all periods in which judges rendered decisions that did not strictly follow statutes, even though applicable statutes existed. How can this phenomenon be understood? Some previous scholars have argued that this phenomenon can be regarded as evidence that judges of district courts in premodern China had the right of discretion in rendering judgement. However, in this inquiry I conclude that this phenomenon indicates only a violation of laws carried out by judges of district courts.

How could such blatant violation of existing laws have continued to be carried out throughout premodern times? One answer to this question is that the penalty issued in an illegal decision was usually lighter than the lawful penalty would have been, so that the parties involved in a lawsuit rarely appealed to a higher court in objection to the decision of a lower court. As a result, district court judges' violations of laws were seldom detected by their superiors.

HAIRSTYLE AND PROGRESS: THE SIGNIFICANCE OF THE CUTTING OF THE QUEUE IN THE LATE QING

YOSHIZAWA Seiichiro

It is well known that every male had by law to shave his forehead and plait his hair in a queue during the Qing period. The issue of